

Janvier à juin 2009 : le cadre d'activité des banques est soumis à de profondes mutations

Auteur : **Jean-Pierre Mattout**, Avocat associé, Kramer Levin, Professeur-associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), et **André Prüm**, Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg

Après les mesures d'urgence prises pour éviter l'effondrement du système financier international, le temps est venu de réformer en profondeur le cadre dans lequel peuvent se développer les activités bancaires. En Europe comme aux États-Unis, l'architecture institutionnelle du système de surveillance des banques comme des autres acteurs du secteur financier est repensée. Les aides d'États pour indispensables qu'elles furent dans le sauvetage de plusieurs grandes banques en Europe font maintenant l'objet d'une évaluation plus critique en même temps qu'une harmonisation plus poussée des systèmes de garantie des dépôts doit éviter les distorsions de concurrence. Le contexte d'après-crise marque aussi les premières décisions qui tirent les conséquences de la faillite de Lehman Brothers Inc. en mettant à la charge des banques dépositaires d'OPCVM de lourdes obligations de restitution des actifs. La modernisation du régime de la fiducie-sûreté fait dans cette ambiance leur d'espoir.

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES

Le rapport « de Larosière ». - Le président de la Commission européenne, M. Barroso, a chargé un groupe d'experts, présidé par M. Jacques de Larosière, afin de nourrir les réflexions sur la régulation et la supervision futures du secteur bancaire et financier en Europe. Ce rapport a été rendu public le 26 février 2009.

Le rapport analyse tout d'abord les causes de la crise dont il voit le facteur macro-économique le plus important dans les années passées de faible inflation, de taux d'intérêt bas et de croissance du crédit se répercutant dans une forte valorisation des actifs et tout particulièrement des actifs immobiliers américains. Ces faibles taux ont conduit les investisseurs à rechercher des rendements plus importants en augmentant l'effet de levier, d'une part, et en prenant, d'autre part, des risques de plus en plus élevés, les exposant gravement au moindre retournement de marché.

À cela s'est ajoutée une carence des régulateurs qui ont sous-estimé les liens entre le crédit et la liquidité, mais aussi manqué de surveiller le degré de *leverage* des acteurs institutionnels, c'est-à-dire du taux d'endettement par rapport à leurs fonds propres. Les modèles de risques en usage dans les banques n'avaient pas imaginé le gel du marché interbancaire ou celui du papier commercial ! La complexité des produits multicouches a rendu la surveillance superficielle. Les agences de notation sont aussi pointées du doigt pour avoir sur-noté les tranches *senior* des produits financiers comme les CDO et pour avoir participé elles-mêmes à la structuration des produits qu'elles avaient ensuite à noter.

Comme dans toute grande catastrophe, une multiplicité de facteurs ont joué simultanément dans le même - mauvais - sens. Le rapport pointe la défaillance des dirigeants, des actionnaires, les modes de rémunération pratiqués, le développement exponentiel des marchés de produits dérivés, notamment celui des dérivés de crédit, la concurrence exacerbée à l'échelle mondiale rendant les régulateurs frileux à prendre des mesures unilatérales, etc.

La rapide détérioration de la liquidité sur les marchés s'est alors vite transformée pour beaucoup d'acteurs en crise pure et simple de solvabilité, conduisant à une intervention, souvent en ordre dispersé, des États.

Le rapport préconise de revoir la régulation sur plusieurs points :

- les règles de « Bâle II », soupçonnées d'avoir surestimé les effets de la titrisation quant à la sortie effective des risques du système bancaire, de n'avoir pas suffisamment pris en compte la surveillance de la liquidité et d'avoir accordé trop de confiance aux systèmes internes comme externes de notation des risques ;
- les agences de notation et la modification de leur mode de fonctionnement ;
- les règles comptables faisant trop de place à la valeur de marché ;

« le système bancaire parallèle », *hedge funds*, courtiers divers, certaines opérations de hors-bilan, etc. ; la création d'une chambre de compensation pour les *credit default swaps* et l'obligation pour les établissements de crédit de conserver sur leurs livres une partie des risques qu'ils titrisent ; les investissements autorisés aux fonds dits de « trésorerie » et, à la lumière de l'affaire « Madoff », le rôle des différents acteurs et leur indépendance les uns par rapport aux autres.

Il appelle aussi de ses vœux une réforme des méthodes européennes de réglementation en recommandant une plus forte unification des règles les plus structurantes (notamment la garantie des dépôts), au besoin en privilégiant l'outil du règlement sur celui de la directive. Enfin, la refonte de la structure des rémunérations, plus encore que la baisse de leur niveau, et une revalorisation des fonctions liées aux risques sont ardemment encouragées.

Le second volet de propositions porte, après la régulation, sur la supervision et préconise :

- de rééquilibrer la micro-supervision (celle de chaque institution) en faveur de la macro-supervision (celle du système), en renforçant le rôle de la Banque centrale européenne dans ce domaine d'où elle est pratiquement absente aujourd'hui, mais en la laissant à l'écart de la micro-supervision ;
- de créer un nouveau comité européen de suivi du risque systémique et de renforcer la coopération entre superviseurs nationaux, particulièrement pour la surveillance des institutions financières à réseau international, en créant le Système européen des superviseurs financiers. La Commission avait d'ailleurs déjà institué, dans ce sens, un comité consultatif indépendant du contrôle bancaire dans la Communauté dénommé « Comité européen des contrôleurs bancaires » (Déc. Comm. CE n° 2009/78/CE, 23 janv. 2009, JOUE 29 janv., n° L 25/23).

Le rapport s'achève sur la voie à poursuivre pour mettre en place ce nouveau système et un véritable ordre du jour des réformes à conduire pour assurer un *global repair*, donnant au Fonds monétaire international un rôle central dans l'architecture du système financier mondial. Jadis plutôt comparé à un jardin à l'anglaise, il pourrait se rapprocher, si le rapport est suivi d'effet, d'un jardin à la française !

Son dernier mot est clair : « *Work must begin immediately* ».

La crise financière, voilà également le titre d'un fascicule de 110 pages préparé et édité par la Banque de France en février 2009 (Documents et Débats, 2009, n° 2). À l'aide de nombreux tableaux explicatifs, sont analysés les mécanismes financiers à l'origine de la crise, mettant en exergue :

- la recherche de rendements élevés dans une période de taux d'intérêts bas, aboutissant à une sous-évaluation des risques ;
- les défauts de l'innovation financière et particulièrement de la titrisation ;
- la crise de liquidité ;
- le rôle des agences de notation et des compagnies d'assurance *monolines* qui jouent le rôle de rehausseurs de crédit et les mécanismes de contagion entraînés.

Un rapport d'une grande clarté pour la compréhension de la crise, de ses effets et des réformes à accomplir.

L'effort général de compréhension se poursuit et la crise financière commence à faire l'objet d'analyses de la part des juristes français, sous ses différents aspects (Colloque AEDBF, Monaco, Les crises bancaires et financières : une question de régulation ? La régulation en question ?, Eurédia 2009/1, 173 ; Colloque organisé par l'Université de Paris II, La crise financière : aspects juridiques, JCP E 2009, 1569 à 1581 ; Colloque sur l'actualité du droit financier sur fond de crise, RTDF 2009, 4 ; J.-P. Mattout, Le banquier, ses métiers, ses nouvelles obligations professionnelles, RJ com. 2009, p. 10).

Les concours publics aux établissements de crédit viennent de faire l'objet d'une première évaluation par la Cour des comptes dans un rapport rendu public le 29 juin 2009. Après une analyse des causes de la crise, la Cour décrit les modes nouveaux d'intervention des banques centrales, l'adaptation temporaire du droit européen de la concurrence et la solution originale retenue par la France pour organiser son soutien : création de la Société de financement de l'économie française (SFEF), qui, malgré son nom, refinance exclusivement les établissements de crédit en émettant des emprunts garantis par l'État et en empruntant le produit aux banques, et création de la Société de prise de participation de l'État (SPPE). Il détaille également les interventions spéciales en faveur de Dexia et de Natixis et salue le rôle important joué par le médiateur du crédit. Le plan français se chiffre à 360 milliards d'euros et se décompose

ainsi : 265 milliards d'euros de refinancement, 40 milliards d'euros de recapitalisation et 55 milliards d'euros de garanties à Dexia, mais dont 105,7 milliards d'euros, sur les 360, ont été utilisés au 15 juin 2009. Il souligne que du fait d'une demande de crédit rendue atone par la crise économique, la progression des encours de crédit à l'économie sera sans doute inférieure aux objectifs affichés. Il s'interroge sur les facteurs de risque de ces mesures pour les finances publiques et notamment sur la comptabilisation par l'Union dans la dette publique française des émissions obligataires lancées par la SFEF et qui pourraient à terme peser sur l'évaluation de la notation financière du pays par les marchés financiers. Il poursuit son analyse par des recommandations pour commencer à préparer la sortie du dispositif, en insistant pour qu'il ne soit pas lancé trop tôt, au risque de fragiliser la confiance encore vacillante, mais en insistant pour que la sortie soit menée de façon coordonnée et simultanée au niveau européen, afin de ne pas favoriser des distorsions de concurrence, tout en souhaitant que les réformes de fond, comme par exemple sur les modes de rémunération ou sur certains traitements comptables, soit menées en parallèle. Il appelle enfin l'État à prendre conscience de l'importance nouvelle de sa présence dans le secteur bancaire, notamment en termes de pourcentage du capital détenu dans les banques, et à élaborer une doctrine en adéquation avec cette nouvelle position, si elle dure, notamment en reconsidérant la question de sa participation aux conseils d'administration pour protéger ses intérêts et « *rendre effectif son droit à l'information* ». Un rapport riche en informations et qui n'est qu'un rapport d'étape.

La réforme du système financier américain en est encore au stade de projet présenté par le président Obama, le 17 juin 2009. Elle apparaît déjà comme une sorte de refondation. La complexité et la longueur du processus législatif américain lui feront certainement connaître des évolutions. Cependant, il est utile d'en connaître les lignes de force, qui apparaissent comme des conclusions concrètes sur les conséquences à tirer de la crise financière, dont il faut rappeler qu'elle est partie initialement des États-Unis.

Elle propose d'autonomiser dans une agence fédérale particulière et indépendante la protection des consommateurs de produits bancaires et financiers, aujourd'hui entre les mains des autorités bancaires, en lui donnant un pouvoir normatif et un pouvoir de sanction. Elle poursuit par un renforcement sensible de la réglementation applicable aux opérations de gré à gré sur dérivés (envisageant notamment la mise en place de chambres de compensation, mais aussi de paralyser le droit de résiliation du cocontractant en cas de difficulté de l'autre partie) et une refonte de la supervision des institutions financières, identifiant une classe d'institutions importantes faisant courir un risque systémique et qui seront dès lors soumises à des règles plus sévères. Par ailleurs, toutes les catégories d'institutions financières, aujourd'hui peu ou pas régulées, seraient soumises au contrôle de la Fed. Les autorités, nombreuses aux États-Unis et dont la réforme propose d'en regrouper certaines, devront se coordonner davantage au sein d'un nouveau conseil placé sous l'autorité du Trésor ; le projet ne va pas jusqu'à l'instauration d'un régulateur unique du type de la FSA britannique. La cohérence avec les réformes entreprises par les autres pays, particulièrement en ce qui concerne la surveillance des grands établissements internationaux, n'est pas encore très précise et reste surtout orientée vers une meilleure coordination entre régulateurs nationaux.

D'autres points sont également examinés, comme l'obligation pour les établissements de conserver une partie (au moins 5 %) des risques en cas de titrisation, la rémunération des opérateurs plus étroitement liée aux performances à long terme et la gouvernance. À suivre...

La révision de la directive n° 94/19/CE relative aux systèmes de garantie des dépôts (JOUE 13 mars 2009, n° L 68/3, RD bancaire et fin. 2009, p. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin) a été l'un des éléments du système de prévention de la crise financière destiné à rassurer les déposants en les dissuadant de retirer préventivement leurs dépôts bancaires. La nouvelle directive modificative n° 2009/14/CE du 11 mars (JOUE 13 mars) a modifié le montant minimal de garantie par banque et par déposant, en le portant de 20 000 à 50 000 euros et en abrégant le délai de remboursement à vingt jours ouvrables, sauf circonstances exceptionnelles (au lieu de trois mois auparavant). Le montant a vocation à être porté à 100 000 euros au 31 décembre 2010 (le plafond du système français est actuellement fixé à 70 000 euros). Toutefois, cette élévation uniforme à 100 000 euros dans toute l'Union reste encore soumise à une analyse d'impact que doit effectuer la Commission et qui ne devra pas faire apparaître « *qu'une telle augmentation et une telle harmonisation ne sont pas appropriées et ne sont pas financièrement viables pour l'ensemble des États membres pour assurer la protection des consommateurs et la stabilité des marchés financiers et éviter des distorsions de concurrence entre*

les États membres ». En effet, au-delà de la protection des déposants, le système doit veiller à ne pas entraîner un déplacement des dépôts vers les systèmes les plus protecteurs, étant rappelé qu'en principe les filiales de banques étrangères sont soumises au système en vigueur au lieu de leur siège social où elles sont agréées, tandis que les succursales de banques étrangères dans l'Espace économique européen sont soumises au système en vigueur au lieu du siège social de la banque (avec possibilité de complément d'adhésion au système du pays d'accueil de la succursale). Les autres caractéristiques du système de garantie des dépôts, de même que le système de garantie des titres, ne sont pas modifiées.

Aide d'État et renforcement des fonds propres des établissements de crédit (IP/09/158). Traitement des actifs dépréciés (IP/09/322). - Les mesures de sauvetage des banques décidées par les États constituent du point de vue du droit de la concurrence des aides d'État et doivent par conséquent faire l'objet d'une procédure d'approbation préalable par la Commission, afin que celle-ci limite les distorsions de concurrence entre les établissements des différents pays (G. Decocq, Aides d'État et crise économique et financière, RJ com. 2009, p. 123). Il en a été ainsi pour la modification du régime français de renforcement des fonds propres permettant le recours aux actions de préférence, en plus de l'utilisation toujours possible des titres de dettes supersubordonnés (TSS). La seconde tranche de recapitalisation a également été portée à 11 milliards d'euros et le régime prorogé jusqu'au 31 août 2009. La Commission a exigé que la rémunération des actions de préférence soit supérieure à celle versée aux TSS, du fait d'un risque plus élevé tenant à leur rang de remboursement inférieur.

La Commission a également publié ses orientations en matière de traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de l'Union. Elle indique les règles de valorisation qu'elle entend voir appliquer et les procédures à suivre pour organiser leur isolement, système dit de la « *bad bank* » dans laquelle sont logés lesdits actifs, laissant ainsi poursuivre la « *good bank* » ou la garantie de ces mauvais actifs par les États. Le but poursuivi est clairement de favoriser le renforcement de la solidité financière des établissements afin qu'ils reprennent une politique plus active de distribution des crédits plutôt que de réserver l'utilisation de leurs fonds propres pour faire face aux pertes futures sur ces actifs. Jusqu'à présent, la technique de la « *bad bank* », qui avait été utilisée jadis pour le sauvetage du Crédit Lyonnais avec la création du CDR, n'a pas connu de succès car elle pose de redoutables problèmes d'évaluation de ces actifs. Surévalués, le système pénalise l'État, sous-évalués, il pénalise la banque cédante, d'autant que la juste évaluation est d'autant plus difficile qu'il peut s'agir d'actifs faiblement liquides et particulièrement difficiles à estimer en période de crise.

Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. - C'est avec un peu plus d'un an de retard par rapport à la date limite de transposition fixée au 15 décembre 2007 que la directive du 26 octobre 2005 et sa directive d'application du 1^{er} août 2006 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont été finalement transposées par voie d'ordonnance le 30 janvier 2009 (Ord. n° 2009-104, 30 janv. 2009, JO 31 janv. ; Dr. & patr. 2009, n° 182, Dossier, p. 59 ; Ch. Cutajar, D. 2009, p. 821). Procédant à une refonte du titre VI du Livre V du Code monétaire et financier, rendue nécessaire par la succession des textes précédents, l'ordonnance, qui n'entrera en vigueur qu'après l'adoption de décrets d'application, constitue sans nul doute une étape majeure dans le dispositif français de lutte contre le blanchiment.

L'élargissement important des infractions primaires du délit de blanchiment constitue sans conteste la nouveauté la plus importante. Conçu pour lutter contre la grande criminalité (trafic de stupéfiants, criminalité organisée, financement du terrorisme et dans une moindre mesure les fraudes aux intérêts des Communautés européennes), les obligations de vigilance et de déclaration s'étendent maintenant aux sommes ou opérations susceptibles de provenir « *d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participant au financement du terrorisme* » (C. mon. fin., art. L. 561-15 <ATTfleche> 001). L'objectif poursuivi est clair : le dispositif doit désormais permettre de détecter des délits ordinaires. Sont visées en particulier les fraudes fiscales, même si l'ordonnance renvoie en ce qui les concerne à un décret qui devrait limiter l'ampleur inévitable des déclarations (Ch. Cutajar, Droit du blanchiment : une ordonnance nécessaire mais à parfaire, D. 2009, p. 821 et s., spéc. p. 826). Le danger d'asphyxie de Tracfin n'est pas moins évident : encombré par des déclarations relatives à des délits ordinaires, le système ne permettra plus de lutter efficacement contre la criminalité grave. C'est tout à fait regrettable.

Extraits

<ATTfleche> **001** : C. mon. fin., art. L. 561-15

« Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme ».

Parmi les autres modifications apportées par l'ordonnance aux règles existantes, l'on relèvera que la liste des personnes soumises aux obligations de lutte contre le blanchiment s'étend désormais, aux termes de l'article L. 561-2, 15°, du Code monétaire et financier, aux personnes exerçant l'activité de domiciliation. On notera par ailleurs que les avocats, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires (C. mon. fin., art. L. 561-2, 13°) ne sont soumis à ces obligations que lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leur client à une transaction financière ou immobilière, ou agissent en qualité de fiduciaire ou encore qu'ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant l'achat ou la vente de fonds de commerce, d'immeubles, la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client, l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance, l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés, la constitution, la gestion ou la direction de sociétés ou de fiducie ou encore la constitution ou la gestion de fonds de dotation (C. mon. fin., art. L. 561-3, I). À cet égard, la possibilité pour les avocats d'informer le client de la déclaration de soupçon et des suites a été supprimée. De la même façon a été supprimé le pouvoir d'appréciation sur la suite à donner octroyé aux instances ordinales auxquelles sont transmises les déclarations de soupçon ; il leur faudra ainsi obligatoirement les transmettre à Tracfin. Cependant, la liste limitative de l'article L. 561-3, I, du Code monétaire et financier implique que l'ensemble des personnes précitées soient déchargées de leurs obligations en la matière pour les activités liées aux procédures juridictionnelles et aux consultations juridiques.

Par ailleurs, en dehors des exceptions prévues par la loi ou lorsque le professionnel estime ne pas devoir se soumettre aux règles de vigilance renforcée ou allégée, une procédure de vigilance standard doit être respectée. Si le dispositif issu de l'ordonnance reprend en grande partie les obligations existantes en la matière, on relèvera cependant l'introduction de quelques éléments nouveaux, à l'instar de la notion de « relation d'affaires ». Ainsi, selon l'article L. 561-6 du Code monétaire et financier, avant d'entrer en relation d'affaires avec un client, l'ensemble des personnes soumises au dispositif de lutte antiblanchiment a l'obligation de recueillir les informations relatives à l'objet et à la nature de cette relation, de même que tout autre élément d'information pertinent sur ce client. Partant, aux termes de la loi, il leur incombe désormais, non seulement d'identifier le client ainsi que le bénéficiaire effectif, mais également d'en vérifier l'identité sur la base d'un document écrit probant, d'évaluer de façon précise l'objet et la nature de la relation d'affaires, de suivre cette dernière régulièrement et de conserver les documents y afférents pendant une durée de cinq ans à compter de la clôture des comptes ou de la cessation de la relation d'affaires. Le dispositif allégé aura pour sa part vocation à s'appliquer dans des situations où le risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme paraîtra faible et dont les conditions seront fixées par décret (C. mon. fin., art. L. 561-9). Enfin, les obligations en matière de vigilance renforcée devront être respectées notamment lorsque le client ou son représentant ne sont pas physiquement présents aux fins de l'identification, lorsque le client fait partie de la liste des personnes politiquement exposées, lorsque le produit ou l'opération favorise l'anonymat et lorsque l'opération est réalisée avec des personnes domiciliées dans des États où la législation et les pratiques antiblanchiment sont jugées insuffisantes (C. mon. fin., art. L. 561-10).

On notera que contrairement au dispositif existant, l'ordonnance prévoit dans le nouvel article L. 561-8 du Code monétaire et financier la conduite à tenir lorsque les professionnels soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment ne sont pas en mesure d'identifier leur client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires. Dans cette hypothèse, il leur appartient de n'exécuter aucune des opérations envisagées ; ils ne

peuvent pas davantage établir ou poursuivre de relation d'affaires. Si celle-ci était néanmoins établie, ils doivent y mettre un terme.

Les améliorations apportées par l'ordonnance du 30 janvier 2009 au régime de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme sont significatives. Il est extrêmement dommage qu'en même temps le nouveau dispositif ait été dévié de son but primaire pour servir les intérêts sans commune mesure avec l'impérieuse nécessité de lutter contre la criminalité internationale grave.

La rémunération des professionnels des marchés financiers a joué un rôle majeur dans l'empilement d'erreurs ayant conduit à la crise financière en tablant à l'excès sur la cupidité de certains. Tous les rapports ont mis en évidence le danger que les incitations salariales, sous forme de primes importantes à court terme, d'un montant sans comparaison avec le salaire fixe, ont constitué. Aussi, afin de contribuer à maîtriser ce phénomène funeste, principalement dû à une concurrence effrénée entre banques pour attirer les (soi-disant) meilleurs, la Fédération bancaire française a adopté en février 2009, à l'incitation du gouvernement, des principes communs sur cette question. Ce corpus de recommandations fait suite à une modification du règlement CRBF n° 97-02 du 21 février 1997, intervenue en janvier 2009, et qui a confié aux services de contrôle interne des banques la mission de « *vérifier l'adéquation entre la politique de rémunération et les objectifs de maîtrise des risques* ».

Ces principes invitent les entreprises concernées à fixer l'assiette des rémunérations variables en fonction des profits nets effectivement réalisés, en scindant cette rémunération en une partie payable dans l'année et une partie, significative, payable à terme, une fois réellement connus les résultats effectifs des opérations. Ils recommandent également de payer ces sommes, pour partie, sous forme d'actions ou d'options, en ne permettant la couverture du risque de cours qu'après la levée des options ou l'attribution définitive des actions. Ils invitent à fixer les rémunérations des fonctions administratives de support, indépendamment des objectifs et des résultats des *front offices*. Enfin, les conseils d'administration sont invités à se prononcer sur les principes de rémunération retenus et à se tenir informés de leur application à l'échelon individuel.

Enfin, et le point est essentiel, ils appellent à une approche européenne et mondiale coordonnée dans ce domaine, tant il est vrai qu'il est difficile d'être vertueux tout seul dans un monde concurrentiel. Reste à savoir si cette nouvelle ode à l'autorégulation sera suivie d'effets, particulièrement lorsque certaines banques américaines remboursent par anticipation certaines aides d'État reçues, pour, ouvertement, pouvoir reprendre leur liberté en matière de fixation des rémunérations. En France, il faut rappeler que l'État a également imposé contractuellement aux établissements de crédit qu'il soutient, quelques obligations éthiques dans ce domaine.

Le secret bancaire n'est pas opposable à la caution ou à ses ayants droit. - Par un arrêt rendu le 16 décembre 2008, la Cour de cassation est venue opportunément apporter un tempérament à l'opposabilité du secret bancaire (Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-19.777 <ATTfleche> 002 JCP E 2009, n° 3, 1037, note Th. Bonneau, D. 2009, p. 784, note J. Lasserre-Capdeville). On le sait, la protection des clients implique que les informations couvertes par le secret bancaire ne puissent être communiquées, par principe, que sous réserve de l'accord de celui qui bénéficie du secret (v. C. mon. fin., art. L. 511-33, ainsi que Cass. com., 11 avr. 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121, p. 107 ; Th. Bonneau, Communication de pièces et secret bancaire [à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 avril 1995], RD bancaire et bourse 1995, p. 94). L'on sait cependant également qu'un tel consentement n'est pas toujours requis, la loi ayant posé de nombreuses dérogations au principe, celles-ci pouvant aussi bien relever de l'intérêt général que de l'intérêt privé. C'est dans ce dernier cadre que vient s'inscrire la décision rendue par la Chambre commerciale.

Extraits

<ATTfleche> 002 : Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-19.777

« *Vu les articles 1315, 2294 du Code civil, L. 511-33 du Code monétaire et financier et 145 du Code de procédure civile ;*

Attendu que, dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que

puisse leur être opposé le secret bancaire ».

En l'espèce, une banque, qui s'était portée caution des dettes d'une société concessionnaire automobile à l'égard du concédant, avait obtenu une sous-garantie du dirigeant de la société concessionnaire prenant la forme d'une caution. Le dirigeant étant décédé, ce sont ses ayants droit que la banque a appelés ultérieurement en garantie suite à la liquidation judiciaire de la société. S'étant acquittés des sommes exigées par la banque, les intéressés se sont postérieurement interrogés sur la légitimité du montant réclamé, demandant ainsi à la banque de bien vouloir leur transmettre tous les documents permettant d'en déterminer l'exactitude. Celle-ci s'y est refusée. Tandis que la juridiction des référés et la cour d'appel de Colmar (CA Colmar, 7 juin 2007, JCP G 2007, II, 10178, note Ph. Simler) s'étaient rangées aux côtés de la banque, la Cour de cassation est venue décider que la caution ne pouvait se voir opposer le secret bancaire par l'établissement de crédit dès lors qu'il incombe à ce dernier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit. Ceux-ci sont dès lors en droit d'obtenir la communication par le banquier des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve.

L'on pourrait tout d'abord objecter à cette solution qu'il est de jurisprudence constante que le secret bancaire est opposable au juge civil et qu'il fait dès lors obstacle à la communication de documents (v. par exemple Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-11.993, Bull. civ. IV, n° 119, p. 138) et d'informations (v. par exemple Cass. com., 25 févr. 2003, Bull. civ. IV, n° 26, p. 30). Par ailleurs, on pourrait faire valoir que la demande introduite par les ayants droit n'avait en réalité pas d'objet puisqu'aux termes de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, il appartient d'ores et déjà aux établissements financiers ayant accordé un concours financier à une entreprise de fournir à la caution une information précise concernant la dette garantie. Cependant, cette information, par définition annuelle, ne préjuge pas du montant définitif dont devra s'acquitter la caution appelée en garantie. Dès lors, la demande formulée par les parties semble être légitime, ainsi que l'affirme la Cour de cassation au visa des articles 1315 et 2294 du Code civil, L. 511-33 du Code monétaire et financier et 145 du Code de procédure civile. La référence aux trois derniers articles ne saurait surprendre, l'article 2294 du Code civil indiquant que les engagements des cautions sont transmis à leurs héritiers, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier ayant trait au secret bancaire et l'article 145 du Code de procédure civile étant relatif aux mesures d'instruction. C'est donc la référence à l'article 1315 du Code civil qui semble devoir retenir plus particulièrement l'attention et ainsi fonder la solution consacrée par la Haute juridiction. L'on n'aura pas manqué de relever qu'il s'agit là d'une disposition générale du Code civil, n'ayant ainsi trait expressément ni au cautionnement, ni au secret bancaire. C'est donc par référence à l'attribution du fardeau de la preuve que la Cour de cassation assoit sa solution, les Hauts magistrats ayant pris le soin d'indiquer qu'il appartenait « *au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit* » et d'en déduire que ces derniers sont « *en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration de la preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire* ».

La solution retenue par la Cour de cassation mérite ici l'approbation. En effet, l'on ne saurait concevoir, comme cela a été relevé, que l'on puisse exiger d'une caution ou de ses ayants droit qu'ils payent « *en aveugle* » (note Th. Bonneau précitée). Par ailleurs, si l'obligation de règlement demeure, l'obligation de couverture pour sa part cesse avec le décès de la caution, si bien que les dettes nées postérieurement au décès ne sont pas couvertes par le cautionnement. Il est donc parfaitement légitime que les ayants droit puissent disposer des informations leur permettant de s'assurer qu'ils ne s'acquittent pas de sommes qui auraient été indûment mises à leur charge. Pour autant, la portée de l'arrêt doit être limitée à cette seule hypothèse, tout d'abord à raison de son fondement qui attribue aux banquiers la charge de la preuve, mais également à raison de l'abondante jurisprudence qui s'oppose à ce que le banquier communique des informations couvertes par le secret bancaire dès lors qu'il n'a pas obtenu l'accord de celui qui en bénéficie (v. dans le même sens les observations précitées de Th. Bonneau).

II - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A - Cartes de paiement

L'appréciation par la banque de la validité du motif d'opposition. - La Cour de cassation, par une décision en date du 20 janvier 2009, vient mettre un terme au débat doctrinal entourant la question de l'irrévocabilité de l'ordre de paiement effectué par carte bancaire et les hypothèses dans lesquelles une opposition au paiement peut être valablement formée (**Cass. com., 20 janv. 2009, n° 08-11.273** <ATTfleche> **003 JCP E 2009, n° 8, 1192, note P. Bouteiller, JCP G 2009, n° 12, II, 10050, note J. Lasserre-Capdeville**).

Extraits

<ATTfleche> **003** : Cass. com., 20 janv. 2009, n° 08-11.273

« Mais attendu que, selon l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier, l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte bancaire est irrévocable et que l'opposition au paiement ne peut être formée que pour des cas limitativement énumérés ; qu'il en résulte que la banque du porteur ne peut admettre une opposition dont le motif n'est pas prévu par la loi et que la banque du bénéficiaire, lorsqu'elle est informée d'un tel motif, est tenue de procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte, par la banque du porteur, de l'opposition ».

Elle est en effet, d'une part, venue clairement rappeler qu'en raison du caractère irrévocable de l'ordre de paiement effectué par carte bancaire, il n'était possible au donneur d'ordre de s'opposer au paiement que dans les cas limitativement énumérés à l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier, à savoir les cas de perte, vol, utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire. Cette position ne saurait surprendre puisque c'est la solution classiquement admise en matière de chèque.

D'autre part, elle a indiqué sans ambiguïté aucune qu'il appartenait à l'émetteur de se faire juge de la validité du motif d'opposition et, en conséquence, de rejeter tous ceux qui ne sont pas prévus par la loi. Il incombait ainsi en l'espèce à l'émetteur, comme l'avait d'ailleurs estimé la cour d'appel de Rennes, de rejeter l'opposition formée par des clients mécontents de n'avoir pu obtenir de la part d'un commerçant, mis ultérieurement en liquidation judiciaire, la prestation qu'ils avaient payée par anticipation à l'aide de leur carte bancaire. La banque des porteurs avait ici pris en compte les oppositions ainsi formées par ses clients, tandis que la banque du commerçant avait consécutivement procédé à des opérations de contre-passation au débit du compte du commerçant. La Haute juridiction n'a dès lors pas souhaité épouser l'argumentation, développée par certains tribunaux et une partie de la doctrine, selon laquelle l'irrévocabilité de l'ordre ne prive pas le porteur de la carte, donneur d'ordre, du moyen de suspendre les effets de l'ordre de paiement, mais l'expose en contrepartie au paiement de dommages et intérêts en cas d'abus du droit d'opposition (CA Orléans, 2 févr. 1994, D. 1998, jur., p. 37, note G. Lucas de Leyssac). L'obligation pour l'émetteur d'apprécier si l'opposition rentre dans un des cas de figure prévus par la loi ne signifie évidemment pas qu'il doit également vérifier la réalité du motif invoqué.

La communication à distance des données de la carte ne vaut pas nécessairement ordre de payer. - Les techniques modernes conduisent à soulever de nouvelles questions sur les ordres de paiement implicitement inclus dans les divers moyens de paiement utilisés. Souhaitant effectuer une réservation de chambre d'hôtel par Internet, un client de la banque communiqua à cet effet le numéro de la carte, sa date de validité et le cryptogramme à trois chiffres. Le client ne devait pas donner suite à sa réservation, mais l'hôtel présenta tout de même le paiement à la banque qui l'effectua. Avec bon sens, le juge de proximité considéra que la communication de ces données valait bien accord de la part du client. La Cour de cassation, en s'appuyant sur les indications figurant sur la page Internet de réservation de l'hôtel indiquant que la communication de ces données ne donnerait lieu à aucun débit, cassa la décision au visa de l'article 1134 du Code civil (**Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.025** <ATTfleche> **004 JCP E 2009, 1619, obs. P. Bouteiller, Banque et droit mai-juin 2009, 21, obs. Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2009, p. 47, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, D. 2009, p. 1735, obs. J. Lasserre-Capdeville**).

Extraits

<ATTfleche> **004** : Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.025

« Attendu qu'en se déterminant ainsi par de tels motifs impropres à établir que Mme X, qui n'avait

communiqué à distance les données figurant sur sa carte bancaire que pour garantir la réservation d'une chambre d'hôtel, sur un formulaire précisant que cette communication ne donnerait lieu à aucun débit, avait donné un mandat de payer, et qu'à défaut d'un tel mandat, la banque était tenue de restituer la somme débitée, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale ».

L'analyse effectuée par la Cour de cassation ne convainc pas ; elle laisse l'impression d'une confusion entre le mandat général donné à la banque, qui est celui d'honorer les ordres de paiement du titulaire du compte dans les limites de la provision existante, et l'autorisation donnée ou non au bénéficiaire des informations communiquées, l'hôtelier en l'occurrence, de présenter sa facture au paiement. Si, clairement, le formulaire de réservation stipulait qu'aucun débit ne serait effectué lors de la communication de ces informations, le client aurait dû réclamer la restitution audit hôtelier et non à la banque qui ne pouvait en aucune manière connaître les termes particuliers figurant sur le formulaire de réservation. Certes la communication des données d'une carte peut avoir des significations différentes entre les parties et valoir autorisation de présenter une facture au paiement ou non. Cependant, le contenu de cet accord est étranger à la banque qui, en présence d'instruments de masse comme le sont les paiements par carte, est justifiée à considérer, lorsque toutes les données utiles sont communiquées, qu'elles valent mandat à la banque de payer. L'utilisation de la carte n'ayant pas été à proprement parler frauduleuse du fait de la communication par le client de toutes les données utiles, au sens de l'article L. 132-4 du Code monétaire et financier, la protection offerte par cette disposition n'était sans doute pas disponible. Sauf à ce que la banque puisse à son tour reprendre le paiement auprès de l'hôtelier, aux termes du contrat passé avec lui, cette décision aboutit à renchérir le coût infligé aux banques pour le traitement des cartes et par conséquent augmente le prix pratiqué envers tous les titulaires de carte. Au plan sociologique, elle aboutit à une déresponsabilisation coupable des titulaires de carte.

B - Virement

La détermination précise de la date d'un paiement revêt dans la pratique une grande importance, le principe général étant que ceux-ci doivent être effectués ponctuellement. Les retards peuvent déclencher nombre de désagréments, allant de simples intérêts de retard à des déchéances. La jurisprudence, appliquant justement la théorie du mandat, a progressivement fait glisser cette date de la réception des fonds au compte du bénéficiaire (Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1993, n° 91-14.472, D. 1994, jur., p. 27, note D. Martin), qui faisait alors prévaloir une qualification en contrat réel du virement, à la date à laquelle le banquier du bénéficiaire, mandataire de celui-ci pour recevoir les paiements qui lui sont destinés, les reçoit lui-même (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-15.878 ; Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-14.161, Dr. & patr. 2008, n° 168, p. 75, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; D. 2007, p. 2464, obs. V. Avena-Robardet ; J.-M. Despaquis, Un arrêt de référence pour le droit du virement, de la compensation légale et du compte courant, Banque et droit, juill.-août 2008, 3 ; J.-P. Buyle, La date de paiement par virement bancaire, Eurédia 2007/2008/4, 509 ; CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-306/06, sous l'angle des intérêts de retard dus au bénéficiaire).

C'est une étape de plus qui est ici franchie, en faisant remonter la date du paiement à la réception par la banque de l'huissier chargé de recevoir le paiement (Cass. com., 3 févr. 2009, n° 06-21.184, RD bancaire et fin. 2009, p. 41, obs. F.-J. Crédot et T. Samin, Banque et droit mai-juin 2009, 21, obs. Th. Bonneau, JCP G 2009, II, 10045, obs. J.-J. Barbiéri, JCP E 2009, 1227, note J. Stoufflet). La solution est heureuse dans la mesure où il y a bien une chaîne de mandats qui assure que le paiement a bien été reçu au nom et pour le compte du bénéficiaire final, même si ce dernier n'est effectivement crédité que quelques jours après, comme le reconnaît la Cour en appliquant de façon combinée les dispositions des articles 1239 et 1937 du Code civil. Ce délai pour créditer le compte n'est qu'un délai de régularisation comptable. Le virement vaut ainsi paiement dès réception des fonds par le banquier du bénéficiaire qui les détient pour le compte de son client. Il faut cependant faire remarquer que tant que ces fonds restent au compte de celui qui les détient pour compte d'autrui et qu'ils ne sont pas clairement affectés spécialement ou transférés au compte du bénéficiaire final, ils demeurent une somme saisissable par les créanciers de ce mandataire. La date de réception des fonds est ainsi bien établie pour le bénéficiaire final, mais pas nécessairement celle de sa protection définitive à l'égard de certains tiers, créanciers de son mandataire.

III - CRÉDITS

A - Généralités

L'activité bancaire se déploie aux moyens de contrats. Ces contrats résultent parfois de conventions négociées pied à pied et aboutissant à des engagements « sur-mesure », mais le plus souvent ce sont des contrats types, des formulaires standard, et plus souvent encore, y compris dans les contrats sur-mesure, s'y trouvent bon nombre de clauses usuelles qui sont systématiquement reproduites. D'où l'importance de cette décision sur les clauses de style (Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-18.955 <ATTfleche> 005 RDC 2009, p. 56, obs. Y.-M. Laithier) qui a le mérite d'inviter à se pencher sur cette notion ambiguë. Certains voient dans la clause de style la meilleure reconnaissance possible de son utilité, puisque c'est celle-ci qui en a rendu l'usage général. D'autres y décèlent plutôt une clause infiniment répétée et sans importance réelle, à laquelle plus personne ne prête attention. Le principe général dégagé par la jurisprudence est plutôt de considérer qu'une clause d'un contrat, pour usuelle qu'elle soit, doit produire effet (Cass. com., 27 janv. 1982, n° 80-11.757, Bull. civ. IV, n° 36 ; Cass. 3^e civ., 8 juill. 1971, n° 70-11.810, Bull. civ. III, n° 442 ; Cass. 3^e civ., 3 mai 1968, Bull. civ. III, n° 184). À la vérité, comme le souligne le savant commentateur de cette décision, la notion de « clause de style » n'est pas une notion juridique. Soit la clause est claire, ne nécessite aucune interprétation, et elle a vocation à s'appliquer selon ses termes, soit, au contraire, elle nécessite une interprétation de la part du juge qui appréciera alors le comportement des parties pour en éclairer le sens et la portée. C'est le sens profond de la décision ici rapportée.

Extraits

<ATTfleche> 005 : Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-18.955

« La mention "sans reconnaissance de responsabilité de la part des armateurs ?" qui est contredite par les courriers échangés entre les parties, n'est qu'une clause de style dépourvue de valeur juridique ».

La méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut être relevée d'office par le juge. Abandonnant la jurisprudence « Grine » (Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2000, n° 98-12.713, JCP G 2001, II, 10477, note O. Gout), la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 22 janvier 2009, opère un revirement jurisprudentiel très attendu de ceux désireux d'assurer l'effectivité du droit de la consommation (Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009, n° 05-20.176, JCP G 2009, n° 9, II, 10037, note X. Lagarde, D. 2009, p. 908, note S. Piedelièvre, LPA 2009, n° 70, p. 6, note G. Poissonnier, D. 2009, p. 365, obs. V. Avena-Robardet). Elle a ainsi décidé que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation peut désormais être relevée d'office par le juge. En effet, jusqu'à cette décision, la Haute juridiction avait systématiquement refusé de reconnaître au juge un tel pouvoir, justifiant cette prise de position par le fait que les règles du droit de la consommation relevaient de l'ordre public de protection et non de celui de direction et que tout manquement devait alors être sanctionné par une nullité relative qui elle-même implique que seule la personne que le législateur a entendu protéger par ces dispositions soit en mesure de la soulever. En l'espèce, une banque avait consenti un crédit à la consommation à un consommateur. Ce dernier n'ayant pas honoré ses échéances de remboursement, la banque avait alors demandé et obtenu des juges de première instance la condamnation de l'emprunteur indélicat au paiement du prêt impayé ainsi que du solde de son compte bancaire, mais s'était vue déchu du droit aux intérêts contractuels pour avoir méconnu les exigences de l'article L. 311-8 du Code de la consommation en matière de présentation d'une offre de crédit. Cette déchéance avait été soulevée d'office par le tribunal d'instance, le défendeur n'ayant pas comparu. Saisie une première fois, la Cour de cassation avait partiellement censuré cette décision, estimant, dans un arrêt du 26 octobre 2004, que le juge ne pouvait soulever cette déchéance d'office et ainsi priver la banque des intérêts contractuels. La juridiction de renvoi ayant refusé de s'incliner (TI Grenoble, 6 avr. 2005), la Cour de cassation a une nouvelle fois été saisie par la banque et, par l'arrêt du 22 janvier 2009, confirme cette fois la décision de la juridiction de renvoi, affirmant sans aucune ambiguïté que le juge était en droit de relever d'office le non-respect des dispositions du Code de la consommation. Ce revirement ne saurait cependant surprendre. En effet, la Cour de cassation se heurtait depuis plusieurs années déjà à une résistance très forte des juridictions de première instance (v. récemment TI Vienne, 16 mai 2003, Contrats,

conc., consom. 2003, n° 118, obs. G. Raymond, ou encore TI Saintes, 4 janv. 2006, Contrats, conc., consom. 2006, n° 94, obs. G. Raymond) qui faisaient généralement prévaloir la méconnaissance par le consommateur des dispositions qui le protègent vis-à-vis du professionnel, impliquant dès lors que le juge prenne une part active dans le procès. Par ailleurs, la solution retenue aujourd'hui par la Haute juridiction est à présent conforme à celle adoptée par la Cour de justice des Communautés européennes, celle-ci considérant que le juge est tenu de relever d'office les règles de droit de la consommation (CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244-98, RTD civ. 2000, p. 939, obs. J. Raynard et 2001, p. 878, obs. J. Mestre, JCP G 2001, II, 10513, note Carballo-Fidalgo et G. Paisant ; CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, RTD com. 2003, p. 345, obs. D. Legeais et p. 410, obs. G. Luby, et CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, RTD com. 2008, p. 403, obs. D. Legeais, JCP G 2007, II, 10031, note G. Paisant). Enfin, la position adoptée par la Haute juridiction est conforme au nouvel article L. 141-4 du Code de la consommation tel qu'il est issu de la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service du consommateur, intervenue après la première décision rendue par la Cour de cassation dans cette affaire. Cet article dispose que « *le juge peut soulever d'office toutes les dispositions* » du Code de la consommation dans les litiges nés de son application, sans distinguer selon que ces dispositions sont d'ordre public ou non ou selon que le moyen est de pur droit ou non.

La décision ainsi rendue s'inscrit résolument dans un mouvement de protection des consommateurs et tend à assurer l'effectivité du droit de la consommation, pour autant que les juges acceptent de jouer le jeu et de soulever systématiquement et d'office tout comportement contraire aux dispositions d'ordre public contenues dans le Code de la consommation.

L'année bancaire et les 360 jours. - Les banquiers n'en finissent pas de compter et recompter le nombre de jours que contient une année. Malgré l'usage multiséculaire qui prévalait, la jurisprudence française moderne a condamné, en 1995, l'application au taux effectif global (TEG) de l'année de 360 jours qui permettait aux banques françaises de percevoir 365/360 au nom de la simplicité de calcul (Cass. com., 10 janv. 1995, n° 91-21.141, D. 1995, p. 229 ; T. Samin, *Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire*, Banque et droit janv.-févr. 1995, 3 ; A. Plateaux, *La durée de l'année bancaire et son influence sur les taux d'intérêt*, Gaz. Pal. 28-30 juill. 1996, p. 9 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-13.868, Banque et droit sept.-oct. 2008, 28, obs. Th. Bonneau). La jurisprudence a trouvé dans l'article 1^{er} du décret n° 85-944 du 4 septembre 1985 (C. consom., art. L. 313-1), relatif au calcul du TEG, que « *le taux annuel de l'intérêt doit être déterminé par référence à l'année civile, laquelle comporte 365 ou 366 jours* ». La sanction n'est pas limitée à la restitution du trop-perçu mais invalide la mention devenue inexacte du TEG et emporte alors la substitution du taux légal au taux conventionnel *ab initio* (Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-11.100, D. 2006, p. 439, note V. Avena-Robardet, RD bancaire et fin. 2006, p. 14, obs. F.-J. Crédot et T. Samin, Dr. & patr. 2006, n° 151, p. 82, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm, JCP E 2006, n° 47, 2658, obs. N. Mathey ; dans le même sens, Cass. com., 14 févr. 2006, n° 04-11.887). Après avoir, dans sa décision précitée du 17 janvier 2006, semblé condamner la référence à l'année de 360 jours pour le calcul du taux conventionnel comme pour le calcul du TEG, la Cour de cassation, tranchant les controverses doctrinales, valide ici, pour le taux conventionnel, la clause contractuelle expresse retenant ce mode de calcul (Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.530 <ATTfleche> 006 LPA 2009, n° 115, p. 17, obs. C. Rousset, JCP E 2009, 1645, obs. P. Bouteiller, Gaz. Pal. 20-21 mai 2009, p. 9, obs. S. Piedelièvre, Banque et droit mai juin 2009, 22, obs. Th. Bonneau). La position n'est pas isolée, l'année bancaire peut encore avoir 360 jours dans de nombreux pays comme l'Italie (mais pour les opérations domestiques à moins de dix-huit mois, elle en a 365), la Suisse, la Grande-Bretagne, la Grèce ou la Belgique (mais pas pour les consommateurs), l'Allemagne (mais pas pour les opérations à court terme). Toutefois, de plus en plus de pays reviennent sur cet usage, notamment pour les crédits aux consommateurs. Brésil, Suède et Pologne ne connaissent que les années de 365 jours (J.-P. Mattout, *La rémunération du crédit*, in *Le contrat de financement, Étude comparative et prospective du crédit bancaire* [ouvrage collectif], Litec, 2006, p. 39). La Commission des clauses abusives, dans une recommandation n° 05-02 du 20 septembre 2005, en a préconisé l'élimination dans les conventions de compte avec les consommateurs et les non-professionnels.

Extraits

<ATTfleche> 006 : Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.530

« Si le TEG doit être calculé sur la base de l'année civile, rien n'interdit de convenir d'un taux d'intérêt

conventionnel calculé sur une autre base ; qu'ayant relevé qu'il était expressément mentionné dans l'acte de prêt que les intérêts conventionnels seront calculés sur la base de 360 jours, l'arrêt retient, à bon droit, que ces modalités, qui ont été librement convenues entre les parties, ne peuvent être remises en cause ». non écrite ».

B - Garantie des crédits

La fiducie réformée (B. Jadaud, Le régime juridique de la fiducie, LPA 2009, n° 115, p. 4 ; L. Romanet, La fiducie : état des lieux et réformes à venir, Banque et droit, mai juin 2009, 12). La loi du 19 février 2007 introduisant la fiducie dans le droit français n'a connu qu'un succès modeste. Tout en dérogeant de manière remarquable au principe de l'unicité du patrimoine, le législateur n'avait en effet consacré la nouvelle institution qu'en la bridant par une série de limitations qui réduisaient de manière significative son utilité, voire remettaient en cause la sécurité juridique qu'elle était censée apporter, particulièrement lorsqu'elle était envisagée comme sûreté.

La plupart de ces imperfections viennent d'être utilement levées par l'**ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009** (<ATTfleche> 007) portant diverses mesures relatives à la fiducie (v. en particulier L. Aynès et Ph. Dupichot, Chronique droit des sûretés, Dr. & patr. 2009, n° 180, p. 127). La fiducie-sûreté ressort de ce « lifting » comme une technique de garantie aussi polyvalente qu'efficace.

Extraits

<ATTfleche> 007 : Ord. n° 2009-112, art. L. 2372-1 à 2372-6

« Art. 2372-1. La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du Code civil.

« Art. 2372-2. En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ».

« Art. 2372-3. À défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie. Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

« Art. 2372-4. Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire. Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie ».

« Art. 2372-5. La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Le constituant peut alors l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Cette propriété ne peut être alors affectée en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. À peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers. Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite ».

« Art. 2372-6. Les dispositions de la présente section ne sont pas applicables aux fiducies constituées à titre de garantie par les personnes morales ».

Son champ d'application s'étend à tous types de biens et de droits, mobiliers et immobiliers, existants ou futurs. À l'instar de l'hypothèque rechargeable ou d'une *floating charge* anglaise, le patrimoine constitué en garantie peut être ajusté en fonction du montant des créances couvertes comme il peut également être affecté à de nouvelles créances, y compris celles appartenant à de nouveaux créanciers. Ces ajustements peuvent s'opérer à l'abri de tout risque de nullité lorsque le constituant tombe en cessation des paiements (P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, Rev. proc. coll. 2009, p. 79). En présence de créanciers successifs, la date d'enregistrement des nouvelles affectations permet d'arrêter leur rang.

Outre cette formalité de l'enregistrement, le recours à la fiducie-sûreté n'est soumis qu'à deux conditions : la mention obligatoire des dettes garanties et celle de la valeur estimée de biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ou leur valeur au moment du rechargement de la sûreté. Cette exigence s'explique par le souci du législateur de protéger les constituants personnes physiques auxquels le nouveau régime est temporairement réservé en raison de l'habilitation restreinte ayant servi de support à l'ordonnance. Rien n'interdit toutefois que les parties arrêtent elles-mêmes cette valeur. L'intervention d'un tiers expert, désigné d'un commun accord ou judiciairement ne s'impose en effet qu'au moment de la réalisation de la sûreté et encore seulement si la valeur des biens affectés ne résulte pas d'une cotation sur un marché réglementé ou de leur objet monétaire. Ces précautions sont tout à fait raisonnables, même si l'on aurait pu admettre également que les parties s'entendent dès le départ sur une formule d'évaluation des biens, en cas de réalisation de la sûreté, au lieu de devoir absolument recourir à un expert (ce que permet par exemple la loi luxembourgeoise du 27 juillet 2003 relative au *trust* et aux contrats fiduciaires dont le législateur français semble s'être largement inspiré, L. Aynès, L'introduction de la fiducie et droit français, RLDC 2009/60, p. 63).

Pour le surplus, l'ordonnance précise que le dénouement d'une fiducie-sûreté en cas de défaut de paiement de la créance garantie dépend de la personne qui a la qualité de créancier : si c'est le fiduciaire lui-même, il acquiert, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, la libre disposition du bien cédé à titre de garantie ; si, en revanche, les deux qualités ne se confondent pas, le créancier peut revendiquer le bien auprès du fiduciaire à moins que le contrat n'en ait prévu la vente à son profit. Ces éclaircissements devraient rassurer les futurs bénéficiaires de la simplicité et de l'efficacité des fiducies-sûretés que l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté tempère à peine.

Parmi les autres modifications introduites par la nouvelle ordonnance, signalons, d'une part, que la qualité de fiduciaire est dorénavant ouverte aussi aux avocats et, d'autre part, que le contrat doit être constaté par un acte authentique lorsque biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision (C. civ., art. 2012, al. 2 <ATTfleche> 008).

Extraits

<ATTfleche> 008 : C. civ., art. 2012, al. 2

« Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité ».

La mention manuscrite du cautionnement et la nullité du contrat. - Aux termes de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, le cautionnement donné par acte sous seing privé à un créancier professionnel n'est valable que si la caution a fait précéder sa signature d'une mention précise, dont la formulation exacte est expressément mentionnée par le texte, tendant à lui faire prendre conscience de la portée de son engagement. Cette exigence stricte a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 28 avril 2009 (Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-11.616, JCP G 2009, n° 25, 14, note S. Piedelièvre).

En l'espèce, une banque avait obtenu du père de son client qu'il se porte caution solidaire du compte courant que le second avait ouvert dans ses livres. Le client ayant été mis en liquidation judiciaire, la banque a appelé la caution en garantie. Afin d'échapper à son engagement, celle-ci a fait valoir que si elle avait certes apposé une mention

manuscrite sur l'acte de cautionnement, la formule retenue ne correspondait pas strictement aux prescriptions légales et que, dès lors, le cautionnement ainsi consenti était irrégulier. Si les juges du second degré ont estimé que l'engagement ne saurait dans ces circonstances être valable, ils ont néanmoins considéré qu'il valait commencement de preuve par écrit et ont au surplus décidé que l'aveu implicite et ultérieur du père de sa qualité de caution solidaire intervenu dans le cadre de conclusions, par définition extérieur à l'acte, était venu parfaire le commencement de preuve résultant de l'acte de cautionnement, ce que naturellement la caution a contesté en fondant son argumentation devant la Cour de cassation sur une interprétation stricte des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation. En d'autres termes, le demandeur au pourvoi considérait que la formule de la loi n'ayant pas été scrupuleusement reprise par lui dans l'acte de cautionnement, il ne pouvait être engagé comme caution.

Les Hauts magistrats ont fait droit à cette argumentation dans une formulation qui ne laisse pas de place au doute puisqu'ils affirment qu'« est nul l'engagement de caution, pris par acte sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas la mention manuscrite exigée » par l'article L. 341-2 du Code de la consommation. Voilà donc les établissements de crédit avertis : à défaut du respect scrupuleux des termes de la formule de l'article précité, le cautionnement consenti encourt la nullité.

IV - RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

A - Banquier dispensateur de crédit

Mise en garde et absence de risque lié à l'endettement. - La recherche de la responsabilité du banquier en matière de mise en garde peut s'apparenter à la question de la poule et de l'œuf. Faut-il d'abord déterminer si l'emprunteur est averti ou non et, s'il ne l'est pas, vérifier que le banquier l'a bien mis en garde contre les dangers qui peuvent résulter d'un endettement excessif, ou bien estimer d'abord si l'endettement risque d'être excessif et alors le mettre en garde s'il est non averti ? Après avoir semblé opter pour la première démarche, deux arrêts de la première chambre civile et de la Chambre commerciale laissent à penser que la seconde pourrait être la bonne (Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221 <ATTfleche> 009 JCP G 2009, II, 10091, note A. Gourio, JCP E 2009, 1364, note S. Piedelièvre, D. 2009, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville, et Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-15.253 <ATTfleche> 010 JCP E 2009, 1700, obs. D. Legeais).

Extraits

<ATTfleche> 009 : Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221

« Faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée, l'emprunteur n'est pas fondé à lui reprocher d'avoir omis de procéder à une recherche que l'argumentation développée n'appelait pas ».

Extraits

<ATTfleche> 010 : Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-15.253

« L'arrêt retient que l'ouverture de crédit de 800 euros n'était pas disproportionnée aux revenus de M. G. et que le concours supplémentaire exceptionnel ne lui a été octroyé par la banque qu'en prévision de l'encaissement prochain d'effets de commerce qui venaient de lui être remis ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, peu important qu'elle n'ait pas précisé qu'elle considérait M. G. comme un emprunteur non averti ».

La modicité des emprunts réalisés et des remboursements à effectuer, dans les deux espèces, doit conduire à la prudence dans l'interprétation. Il n'est pas sûr qu'une méthode soit supérieure à l'autre dans la mesure où une charge d'emprunt, sauf peut-être pour des sommes très modiques, peut présenter le même risque indépendamment de l'emprunteur concerné non averti. Le véritable risque ne naît pas de l'endettement lui-même mais du risque que ce nouvel endettement aboutisse à un surendettement, si bien que la situation patrimoniale présente et potentielle de l'emprunteur est probablement le premier critère à considérer. Ensuite, la prise de conscience de ce risque peut-être plus aisée pour un emprunteur averti que pour le non averti. *In fine*, probablement que les deux méthodes sont

substituables parce qu'elles permettent d'arriver au même résultat et de ne pas dévier de la politique jurisprudentielle souhaitée (M. Cohen-Branche, La responsabilité civile du banquier en droit français et le juge de cassation : quel pouvoir ? Réflexion autour d'une politique jurisprudentielle, RD bancaire et fin. mars-avr. 2009, 33) ; car il y a des opérations de crédit qui ne comportent pas de véritables risques de surendettement, même pour un emprunteur non averti, peu important dans quel ordre les questions sont posées.

Mise en garde et hypothèque consentie par un tiers. - Le devoir de mise en garde bénéficiant à l'emprunteur non averti, existe-t-il également vis-à-vis des garants ? La Cour de cassation n'avait jusqu'à présent pas eu l'occasion d'étendre en cette direction cette obligation à la charge du prêteur professionnel. Elle vient d'ouvrir la voie par un arrêt de sa Chambre commerciale du 24 mars 2009 (Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034 <ATTfleche> 011 FS P + B + I, Banque et droit, mai-juin 2009, obs. Th. Bonneau, JCP E 2009, 1399, comm. D. Legeais, D. 2009, p. 1661, note N. Borga, Banque et droit mai-juin 2009, 26, obs. Th. Bonneau, Banque et droit mai-juin 2009, 60, obs. N. Rontchevsky et F. Jacob, RD bancaire et fin. mai-juin 2009, 52, obs. D. Legeais et A. Cerles).

Extraits

<ATTfleche> 011 : Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034

« Mais attendu que la sùreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, s'agissant d'une hypothèque sur un bien, elle est limitée à ce bien et nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant et aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit ; que la banque qui fait souscrire une telle sùreté n'est dès lors pas tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard du constituant, que celui-ci soit ou non averti ; que par ces motifs substitués à ceux critiqués, la décision de la cour d'appel se trouve justifiée ; que le moyen ne peut être accueilli ».

L'existence d'un tel devoir n'est pas ici, il est vrai, concrètement retenue. La garantie consistait, en effet, en une hypothèque qui, par hypothèse, n'exposait le garant ni à un engagement excédant ses capacités financières, ni au risque de voir la dette garantie s'accroître. La motivation de l'arrêt indique toutefois clairement que la Cour de cassation est prête à reconnaître l'existence d'un devoir de mise en garde vis-à-vis d'une caution.

Pour l'heure, il est difficile de savoir quelle sera la portée éventuelle d'un tel devoir. L'exigence de proportionnalité du cautionnement par rapport aux capacités financières de la caution et la possibilité dont elle jouit de se prévaloir d'un manquement du banquier à son devoir de mise en garde vis-à-vis de l'emprunteur ne laissent *a priori* qu'une place limitée pour des avertissements supplémentaires que le banquier devrait donner à la caution. S'agit-il de prémunir la caution contre le danger de couvrir la dette d'un débiteur dont elle ne mesure pas le risque d'insolvabilité ? La Cour de cassation a déjà permis à la caution non avertie d'engager la responsabilité de la banque qui a consenti un crédit excessif (Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2007, n° 06-17.070, RD bancaire et fin. 2007, comm. 182). Probablement, le devoir de mise en garde qui émerge de la décision évoquée viendra renforcer la protection des cautions profanes contre ce risque.

Mise en garde de l'emprunteur non averti assisté d'un consultant financier. - Par touches successives, la Cour de cassation dessine avec précision les contours de l'obligation, d'origine jurisprudentielle, de mise en garde bénéficiant aux emprunteurs non avertis pesant sur les banquiers. Elle s'est récemment plus particulièrement attachée à définir la notion d'« emprunteur averti », indiquant en outre qu'elle exercerait un contrôle minimum sur l'appréciation qui en est faite par les juges du fond (Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-19.778, JCP E 2009, 1305, obs. D. Legeais). Néanmoins, il subsistait encore un doute sur le point de savoir si l'emprunteur bénéficiant des conseils d'une personne avertie devait, par ricochet, également être considéré comme tel. En effet, les solutions antérieures laissaient apparaître des divergences entre différentes chambres de la Haute juridiction.

La Chambre commerciale avait en effet refusé d'accorder à un emprunteur dont le conjoint était cadre supérieur de banque le bénéfice du devoir de mise en garde (Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, JCP E 2006, 1890, obs. D. L.), position qu'elle a confirmée deux ans plus tard dans une espèce où la caution avait été assistée par un conseiller financier (Cass. com., 12 nov. 2008, RD bancaire et fin. 2009, comm. 9, obs. A. Cerles). La Chambre mixte, dans ses

arrêts du 29 juin 2007, n'avait pour sa part pas tranché la question, même si l'on peut relever que dans l'une des espèces où l'un des coemprunteurs était averti et l'autre non, elle a indiqué que la présence d'un coemprunteur averti ne dispensait pas la banque de son obligation de mise en garde envers la personne non avertie. La première chambre civile ne s'était de son côté pas encore directement prononcée sur la question. C'est à présent chose faite, puisque par un arrêt du 30 avril 2009 (Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009, n° 07-18.334 <ATTfleche> 012 JCP E 2009, n° 24, 1583, note D. Legeais), elle a décidé que la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement, né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence aux côtés de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie.

Extraits

<ATTfleche> 012 : Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009, n° 07-18.334

« *Qu'en se déterminant ainsi, alors que la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé* ».

La solution peut ne pas convaincre en ce qu'elle néglige l'éclairage dont l'emprunteur a dû profiter en se faisant assister par un connaisseur. Ne peut-on être un emprunteur averti pour une opération déterminée sans l'être de manière générale par profession ou par état ?

Elle présente toutefois le mérite de la simplicité et de l'efficacité puisqu'elle élude toute discussion relative à la recherche des conseils effectifs dont aurait éventuellement pu bénéficier l'emprunteur de la part d'une personne avertie ou de s'interroger sur le point de savoir si le conseil doit être présumé du simple fait de la proximité de l'emprunteur avec une personne avertie (conjoint ou ami, par exemple). La sécurité de cette simplicité est probablement préférable à de longs contentieux dont l'issue dépendrait d'éléments de preuve aléatoires.

B - Banquier prestataire de services d'investissement

L'obligation de restitution d'un dépositaire d'actifs d'OPCVM (CA Paris, 8 avr. 2009 [3 arrêts], n°s 2008/22085, 2008/22106 et 22218). - La faillite du groupe Lehman Brothers alimente une jurisprudence riche en nouvelles solutions. Dans une série de trois arrêts en date du 8 avril 2009, la cour d'appel de Paris (Bull. Joly Sociétés 2009, p. 191, note A. Prüm et I. Riassetto ; A. Prüm, Faillite de Lehman Brothers, les dépositaires d'OPCVM sous pression, RD bancaire et fin. 2009, p. 1 ; RTDF 2009, 166, obs. Ph. Goutay, Banque et droit mai-juin 2009, 54, obs. F. Bussière ; Th. Bonneau, Conservation et responsabilité des dépositaires, Dr. sociétés mai 2009, 5) prend position de manière originale sur l'étendue et la portée de l'obligation de restitution des dépositaires d'OPCVM.

Le litige opposait des OPCVM alternatifs à règles d'investissement allégées à effet de levier (OPCVM ARIA EL) à ses dépositaires suite à la faillite du *prime broker*, filiale de Lehman Brothers Inc. Il faut savoir que les fonds alternatifs comme ceux en cause en l'espèce ont très habituellement recours aux services de *prime brokers* qui leur accordent les financements nécessaires, les assistent dans leur gestion administrative et prennent régulièrement en charge aussi la conservation des actifs. C'est précisément ce qui s'est fait dans les cas examinés puisque les actifs des OPCVM ont été confiés au *prime broker* et ce, avec l'accord exprès des OPCVM. Le dépositaire estimait par conséquent qu'il était délié de l'obligation de restitution de ces actifs.

Mais la cour d'appel de Paris n'admet pas qu'un dépositaire d'OPCVM puisse de décharger d'une obligation qu'elle considère comme consubstantielle à sa fonction : « *Le dépositaire, qui a reçu pour mission d'assurer la conservation des actifs de l'OPCVM dont il a la garde, est tenu, en toutes circonstances, même s'il en a confié la sous-conservation à un tiers, d'une obligation de restitution immédiate de ces actifs en vertu de dispositions d'ordre public destinées à assurer la protection de l'épargne investie dans les produits financiers et tous autres placements donnant lieu à un appel public à l'épargne et le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers* ». Et la

cour de préciser qu'« en l'absence, dans le Code monétaire et financier, d'une possibilité de dérogation contractuelle à l'obligation pesant sur le dépositaire, les accords conclus (entre le dépositaire et un sous-conservateur) ne lui permettent pas de s'exonérer de cette obligation ou même d'en limiter la portée ».

D'une apparente évidence, la solution n'emporte cependant pas complètement la conviction. Comment peut-on en effet reprocher à un dépositaire qui n'a souvent d'autres choix que de détenir les titres à travers des dépositaires globaux ou des sous-conservateurs situés à l'étranger et contre lesquels il ne peut le plus souvent exercer lui-même un droit de revendication ? Leur imposer dans ce contexte une obligation de restitution de résultat conduit à les soumettre à un régime plus sévère que le régime de droit commun applicable au dépôt irrégulier où l'obligation de conservation n'est que de moyens et l'obligation de restitution cantonnée aux seuls actifs existants au moment de la restitution effective. Ecarter au surplus toute possibilité de déroger à l'obligation de restitution au motif qu'elle procéderait de l'ordre public paraît d'autant moins justifié que les OPCVM alternatifs comme ceux en cause ne s'adressent qu'à des investisseurs sophistiqués.

V - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

La question de la date de conversion en euros de la dette libellée en monnaie étrangère a été de nouveau posée à la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2009, n° 07-21.847) à l'occasion d'un virement en US dollars effectué par erreur par une société à une autre, alors que les fonds étaient destinés à sa filiale. Après avoir demandé la restitution, l'ordonnateur dut se résoudre à saisir le juge des référés qui lui accorda une ordonnance condamnant la société à payer une somme en euros, correspondant à la contre-valeur de la somme versée au jour du paiement indu. La société condamnée contesta cette date de conversion, estimant que la conversion aurait dû s'opérer à la date du jugement et, à défaut, de la mise en demeure (pour un précédent retenant la date de mise en demeure, Cass. 2^e civ., 29 mai 1991, n° 89-18.812, Bull. civ. II, n° 165). La cour d'appel devait rejeter sa prétention et la Cour de cassation rejeter le pourvoi sur ce point, tout en cassant l'arrêt sur un autre point. Conformément à sa jurisprudence traditionnelle, établie au temps du franc français (Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 1990, n° 88-20.232, Bull. civ. I, n° 300, RTD civ. 1991, p. 529, obs. J. Mestre, D. 1991, I.R., p. 15), elle a jugé que la contre-valeur en euros d'une dette libellée en monnaie étrangère doit être fixée au jour du paiement, sauf si le retard apporté à celui-ci est imputable à l'une des parties. Dans l'espèce, elle a estimé que le bénéficiaire avait « multiplié les prétextes et les procédures pour retarder le remboursement des sommes indûment perçues ».

Du point de vue du droit français, aucune règle impérative n'empêcherait un juge français de prononcer une condamnation dans une autre monnaie que la monnaie nationale, du moins si ladite monnaie est librement convertible et transférable. Il aurait aussi bien pu condamner la société récalcitrante à payer des dollars US, ce qui aurait évité toute contestation ultérieure sur la date de conversion applicable. À défaut, si la condamnation est prononcée en monnaie nationale, pour paiement d'une dette en devises, la neutralité financière implique en principe que le cours soit celui de la date du paiement effectif, qui n'est pas connue à l'avance, et qui permet ainsi à l'*accipiens* de changer immédiatement la somme reçue en monnaie nationale dans la monnaie dans laquelle sa créance est libellée, neutralisant ainsi le risque de change. La règle appliquée ici par la Cour revient à incorporer dans la date choisie (et ainsi le cours choisi), une pénalité pour sanctionner la mauvaise foi que le débiteur aura démontrée ; naturellement, il en sera ainsi lorsque le cours appliqué sera plus favorable à l'*accipiens* en retenant une date différente de celle du paiement effectif. Il serait plus satisfaisant de retenir systématiquement la date du paiement effectif comme date de conversion de la monnaie de compte en monnaie de paiement, quitte à sanctionner par des dommages-intérêts distincts le comportement fautif du *solvens*. En matière contractuelle, il est fréquent que les contrats contiennent une disposition précisant que tout paiement fait dans une autre monnaie que la monnaie du contrat devra être effectué au cours du jour du paiement effectif.